

LES FICHES ACHAT

La transaction

Préambule

Les acheteurs attendent trop souvent qu'un contentieux soit formé pour réagir aux litiges installés. Or, un manque d'anticipation face à une situation précontentieuse peut conduire à des difficultés immédiates dans l'exécution du marché comme sur le long terme (garanties post-contractuelles, relations avec les opérateurs économiques) qui peuvent porter préjudice à chacune des Parties. Il existe pourtant un moyen de régler les litiges de façon plus économique et plus douce que la voie contentieuse : la transaction.

La transaction est une forme de résolution amiable des litiges qui peuvent survenir à l'occasion de l'exécution des marchés publics. Comme le rappelle la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, « *la transaction facilite un règlement rapide et amiable des différends, elle permet une gestion économe des deniers publics et allège la charge de travail des juridictions. L'intérêt de la transaction est manifeste dans le domaine contractuel.* »

A - Qu'est-ce qu'une transaction ?

L'article 2044 du code civil pose la définition de la transaction en ces termes : « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit.* »

La transaction n'est pas spécifique aux marchés publics : elle peut en effet être employée pour tout litige lié à un contrat. Procédure amiable, elle peut intervenir préalablement à l'introduction d'un recours contentieux ou dans le cadre de celui-ci, par désistement total ou partiel de l'instance ou postérieurement à celui-ci (indemnisation du titulaire du marché du préjudice subi par exemple).

Nombreux sont les cas où la voie de la transaction est possible : l'exécution d'un marché lorsque les clauses ne sont pas suffisamment précises par exemple, peut donner naissance à une interprétation divergente entre l'acheteur public et l'opérateur économique titulaire du marché. La transaction, à condition qu'elle soit équilibrée, peut permettre d'apporter une solution définitive au litige naissant. La rupture du contrat par la collectivité territoriale peut aussi donner droit, dans certains cas, à l'indemnisation du titulaire.

La transaction peut porter sur les modalités et le montant de cette indemnisation pour permettre d'éviter de recourir à l'arbitrage des tribunaux, avec la part d'incertitude et de risque qui en découle. Le Conseil d'Etat a jugé qu'un contrat de transaction pouvait être conclu à tout stade d'une procédure contentieuse engagée, y compris pendant l'instruction d'un recours en appel ou en cassation (CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, n° 287354).

B - Quel est l'intérêt d'une transaction ?

Plusieurs éléments militent fortement en faveur du recours à la transaction.

En premier lieu, pour l'acheteur public, cette procédure a notamment le mérite de la rapidité, de la souplesse de négociation des conditions de la transaction (pour autant qu'elle ne conduise pas à accorder des libéralités à l'opérateur économique titulaire du contrat), et de l'économie financière en évitant une procédure contentieuse souvent coûteuse et à l'issue incertaine.

Ensuite, pour l'opérateur économique titulaire d'un contrat, l'intérêt de cette solution amiable est notamment d'éviter la publicité négative qui se rattacherait à des contentieux pouvant être préjudiciables à son image et à sa stratégie commerciale surtout si son activité principale la conduit à travailler pour le compte des collectivités (ce qui est le cas de nombre d'opérateurs).

L'intérêt de la transaction, pour les deux Parties, est accru si le litige apparaît au cours de l'exécution du marché, phase où la voie du contentieux risquerait d'aboutir à un blocage (suspension de l'exécution à titre conservatoire, durcissement de relations entre les parties).

Les joutes entre les services juridiques des deux Parties, voire entre leurs avocats, sont autant d'obstacles quant à une poursuite sereine et apaisée de l'exécution. L'interruption de celle-ci est même prévisible, et, peut, à terme, s'avérer catastrophique aussi bien pour le maître de l'ouvrage que pour le titulaire du marché.

Mode alternatif de règlement d'un litige administratif, la transaction ne peut qu'avoir un effet positif sur l'encombrement des juridictions administratives constaté ces dernières années.

C'est l'un des mérites de la transaction souligné par un rapport du Conseil d'Etat en 1993 : « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* » de *La Documentation Française* », et repris par la circulaire du 7 septembre 2009 précitée. Pour mémoire, c'était déjà l'une des raisons qui avaient présidé à la diffusion d'une circulaire du Premier Ministre du 6 février 1995, encourageant les services de l'Etat à utiliser la voie de la transaction chaque fois que cela est possible.

C - Quelle est la procédure à suivre ?

Dans sa rédaction actuelle, l'article 2045 du code Civil dispose que « *Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre* ».

Si le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 23 avril 2001 (M. CECCALDI-RAYNAUD) confirme que l'autorité compétente pour autoriser les établissements publics à transiger est le Premier Ministre, il en va autrement pour les collectivités territoriales pour lesquelles les dispositions de l'article 2045 du code civil ne sont bien entendu plus applicables depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 mars 1982 : aussi, la technique contractuelle de la transaction peut être librement utilisée par des collectivités territoriales.

Dans le cas des collectivités territoriales, l'autorisation de recourir à la transaction doit cependant être donnée par l'assemblée délibérante ; Cette question a été considérée par le juge administratif comme étant d'ordre public (CE sect., 13 juillet 1961, Société d'entreprises générales et de travaux publics).

La collectivité territoriale s'assurera, par ailleurs, que le représentant de l'entreprise titulaire, personne morale de droit privé, est bien habilité à transiger.

Ces deux conditions étant réunies, la transaction peut être soumise pour homologation au juge administratif, bien que l'enregistrement au Tribunal Administratif ne soit pas nécessaire pour la validité de la transaction (CE 30 octobre 1974 – Commune de Saint-Pierre-Les-Bois).

En effet, la circulaire précitée du 7 septembre 2009 rappelle, à toutes fins utiles, que « *le comportement des comptables publics est présenté comme un obstacle à l'exécution de [des contrats de transaction] : des comptables exigeraient à tort leur homologation par le juge ou l'émission d'un ordre de réquisition par l'ordonnateur. Pourtant, depuis plusieurs années, la direction générale des finances publiques a rappelé aux comptables publics que de telles exigences n'étaient juridiquement pas fondées.* » Il est donc possible de transiger sans pour autant faire homologuer le contrat par le juge administratif !

S'il est néanmoins saisi aux fins d'homologation, le juge administratif contrôlera alors la nature des concessions réciproques des Parties en appréciant le caractère flagrant d'une éventuelle disproportion, la transaction ne devant pas devenir une libéralité.

D - Quels principes essentiels doit-on respecter pour sa validité ?

Le Conseil d'Etat a posé un principe général selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent pas être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas (CE Sect., 19 mars 1971, Sieurs MERGUI). Conformément à ce principe, le juge administratif, dans la procédure d'homologation, vérifiera la nature des concessions réciproques. Ainsi, comme l'indique la circulaire de 1995 précitée, « *lorsque l'Administration transige pour régler un litige où sa responsabilité est mise en cause, elle ne peut accorder une indemnité que si sa responsabilité est établie et pour les seuls chefs de préjudice indemnifiables* ».

Le principe posé, on ne doit pas conclure cependant que l'acheteur public ne dispose d'aucune marge pour négocier. Il serait d'ailleurs illusoire de penser que les concessions réciproques seront strictement identiques, car bien souvent difficiles à mesurer.

Il est à noter, à ce sujet, que le juge administratif ne sera pas le seul à apprécier l'équilibre ou (le déséquilibre) résultant de la transaction : la Chambre régionale des Comptes sera susceptible, elle aussi, d'exercer ce contrôle à posteriori.

E - Quels sont les effets de la transaction ?

Régulièrement conclue et exécutée, la transaction fait obstacle à tout recours juridictionnel ultérieur concernant le litige. Un tel recours serait déclaré irrecevable (CE, 8 février 1956, Dame Germain – CE, 31 mars 1971, Sieur Baysse).

Comme tout contrat, elle n'a en principe d'effet qu'entre les Parties (CE, 15 janvier 1984, OPHLM de la ville de Firminy), mais cet effet s'étendra aux personnes qui succèdent aux Parties, que ce soit du côté de l'acheteur (transfert du marché par exemple), ou de l'opérateur (reprise de l'entreprise).

F - Les conseils de l'AAP

L'acheteur qui décide de recourir à la transaction doit :

- S'assurer que la voie de la transaction est la procédure adaptée à la résolution du litige ; si tel est le cas, le recours à la transaction permettra souvent de mettre un terme au litige de façon plus rapide et « économique » qu'un contentieux à l'issue toujours aléatoire... ;
- S'assurer le cas échéant que le recours à une transaction est possible sans risque envers les contrats d'assurance : En effet, l'article L. 124-2 du code des assurances dispose que « *L'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables* ». Si les contrats d'assurance prévoient des clauses en ce sens, l'acheteur devra veiller le cas échéant à associer l'assureur aux négociations, voire même l'inviter à intervenir ;
- S'entourer de conseils et d'experts extérieurs si la complexité du problème à régler et les enjeux le justifient : la transaction éteindra les éventuels recours, et l'acheteur doit bien en mesurer les conséquences avant d'opter pour ce mode de résolution ;
- Veiller à ce que les concessions réciproques soient équilibrées ;
- Ne pas hésiter, dans certains cas, à faire homologuer la transaction par le Tribunal Administratif, précaution qui constituera souvent une garantie supplémentaire de sa validité.